

Gericht: Thüringer Oberlandesgericht 7. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 14.09.2021
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: 7 U 521/21
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: 
Normen: § 26 Abs 1 BDSG, § 823 Abs 2 BGB, § 1004 BGB, Art 6 Abs 1 EUV
2016/679, Art 15 EUV 2016/679 ... mehr

Zulässigkeit eines Zugriffs eines Arbeitgebers auf ein dienstliches E-Mail-Postfach

Orientierungssatz

1. Bei erlaubter Privatnutzung eines dienstlichen E-Mail-Accounts dürfen auch dienstliche E-Mails nicht vom Arbeitgeber kontrolliert werden, es sei denn, der Arbeitnehmer hat sich hiermit einverstanden erklärt. Ein solches Einverständnis kann auch zur Bedingung für eine Erlaubnis der Privatnutzung gemacht werden.(Rn.47)
2. Wenn sich private E-Mails im E-Mail-System nicht klar von dienstlichen E-Mails unterscheiden lassen, so müssen auch dienstliche E-Mails wie private behandelt werden. Der Arbeitgeber kann keine Kontrolle der gesamten E-Mails mit der Begründung durchführen, diese richtete sich nur auf dienstliche E-Mails.(Rn.47)

Verfahrensgang

vorgehend LG Erfurt, 28. April 2021, 1 HK O 43/20

Tenor

1. Auf die Berufung des Verfügungsklägers wird das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 28.04.2021, Az. 1 HK O 43/20, abgeändert:

1. Der Verfügungsbeklagten wird untersagt, ohne Zustimmung des Verfügungsklägers auf das E-Mail-Postfach des Verfügungsklägers „....@....de“ zuzugreifen und die dort enthaltenen Informationen wie unter anderem E-Mails, Anlagen zu E-Mails, E-Mail-Entwürfe, gelöschte E-Mails oder Sendeprotokolle zu verarbeiten, d.h. unter anderem einzusehen, einsehen zu lassen sowie auszuwerten oder auswerten zu lassen, auszudrucken, weiterzuleiten oder in sonstiger Weise zu verwerten;

2. Die Verfügungsbeklagte wird verpflichtet, die Datenverarbeitung hinsichtlich der im Rahmen der unerlaubten Einsichtnahme in das E-Mail Postfach des Verfügungsklägers erlangten Daten, vor allem in Bezug auf diejenigen Daten, die von der Prozessbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten im Schreiben vom 15.04.2020 aufgelistet sind, durch entsprechende technische und organisatorische Maßnahmen so zu beschränken, dass Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten, Mitglieder des Aufsichtsrats der Verfügungsbeklagten sowie sonstige Dritte auf die Daten mit Ausnahme des IT-Leiters der Verfügungsbeklagten nicht zugreifen können und diese Sperrung gegenüber dem Verfügungskläger zu bestätigen.

2. Die Verfügungsbeklagte hat die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens in beiden Rechtszügen zu tragen.

3. Das Urteil ist vollstreckbar.

Gründe

I.

- 1 Im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz begehrt der Verfügungskläger Unterlassung des Zugriffs der Verfügungsbeklagten auf ein auch privat genutztes dienstliches E-Mail-Postfach des Verfügungsklägers unter „...@...de“.
- 2 Der Verfügungskläger war seit 2002 bei der Verfügungsbeklagten als Vorstandsmitglied tätig. Die private Nutzung des von der Verfügungsbeklagten zur Verfügung gestellten dienstlichen E-Mail-Postfachs war deren Vorstandsmitgliedern ausdrücklich erlaubt. Der Verfügungskläger nutzte zudem seine private E-Mail-Adresse auch dienstlich.
- 3 Am 07.02.2020 kündigte die Verfügungsbeklagte dem Verfügungskläger außerordentlich unter Widerruf der Vorstandsbestellung. Hierbei wurde er zur Herausgabe aller firmeneigenen Gegenstände aufgefordert. Unter Protest der Verfügungsbeklagten entfernte er einen noch an dem Dienstrechner eingesteckten USB-Stick und nahm diesen an sich. Mit Schreiben vom 30.03.2020 erklärte die Verfügungsbeklagte gegenüber dem Verfügungskläger nochmals eine außerordentliche Kündigung des Dienstvertrages (Anlage AGS 12).
- 4 Mit Schreiben vom 15.04.2020 stützte die Bevollmächtigte der Verfügungsbeklagten gegenüber der Verfügungsklägerseite die Kündigung auch auf eine erfolgte Einsicht und Auswertung des dienstlichen E-Mail-Postfachs des Verfügungsklägers und dessen Zugriffsverhalten mit Weiterleitung verschiedener E-Mails an seine private E-Mail-Adresse sowie an die seiner Ehefrau nach Ausspruch der Kündigung vom 07.02.2020. Wegen der Einzelheiten wird auf die Kopie des Schriftsatzes vom 15.04.2020 (Anlage AGS 14) verwiesen. Die Einsicht in das E-Mail-Postfach durch die Verfügungsbeklagte war ohne Zustimmung des Verfügungsklägers und ohne Einschaltung des Datenschutzbeauftragten der Verfügungsbeklagten erfolgt.
- 5 Mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 23.04.2020 forderte der Verfügungskläger die Verfügungsbeklagte entsprechend Art. 17 DSGVO auf, seine Daten zu löschen bzw. die Verarbeitung einzuschränken, widersprach der Verarbeitung und verlangte zudem Auskunft nach Art. 15 DSGVO (Anlage AGS 16).
- 6 Wegen der Einzelheiten des streitigen Vorbringens der Parteien und der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.
- 7 Das Landgericht hatte zunächst mit Beschluss vom 14.05.2020 (Bl. 50 - 52 Bd. I d. A.) - im Rubrum berichtigt durch Beschluss vom 20.05.2020 (Bl. 54 - 55 Bd. I d. A.) - auf Antrag des Verfügungsklägers ohne mündliche Verhandlung im Wege der einstweiligen Verfügung der Verfügungsbeklagten den Zugriff auf das E-Mail-Postfach „...@...de“ ohne Zustimmung des Verfügungsklägers sowie eine Verarbeitung der dort enthaltenen Informationen untersagt und zudem die Verfügungsbeklagte verpflichtet, die Verarbeitung der bereits hieraus erlangten Daten durch technische und organisatorische Maßnahmen

zu beschränken. Auf den hiergegen erhobenen Widerspruch der Verfügungsbeklagten hat das Landgericht mit Urteil vom 28.04.2021 die einstweilige Verfügung aufgehoben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Dem Verfügungskläger stehe kein Verfügungsanspruch zur Seite. Insbesondere bestehe kein Anspruch auf Unterlassung nach §§ 44, 88 TKG.

- 8 Wegen der weiteren Ausführungen des Landgerichts wird auf das angegriffene Urteil verwiesen.
- 9 Mit seiner Berufung wendet sich der Verfügungskläger gegen das erstinstanzliche Urteil und begehrt weiterhin den Erlass der erstinstanzlich beantragten einstweiligen Verfügung. Das Landgericht verkenne in seiner Entscheidung, dass die Verfügungsbeklagte nach herrschender Meinung Diensteanbieter im Sinne des TKG sei und daher aufgrund des Fernmeldegeheimnisses keinen Zugriff auf das E-Mail-Postfach nehmen dürfe. Die Verfügungsbeklagte habe zudem durch ihre interne Richtlinie ihren Status als Telekommunikationsdiensteanbieter selbst anerkannt. Er verweist insoweit auf Ziffer 4.1 der „Richtlinie zur Nutzung von Internet und E-Mail“ (in der Folge abgekürzt: Richtlinie; Anlage ...), mit der die Verfügungsbeklagte ausführe, durch Einräumung der privaten Nutzung des Internetzuganges und des E-Mail-Anschlusses zum Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen zu werden und das Fernmeldegeheimnis wahren zu haben. Die Richtlinie mit Ausgestaltung der privaten E-Mail-Nutzung durch die Mitarbeiter zum einen und Kontrollrechten der Verfügungsbeklagten zum anderen sei zwar aufgrund entgegenstehender Vereinbarung zwischen den Parteien auf den Verfügungskläger nicht unmittelbar anwendbar. Sie verschriftliche jedoch die bereits lange Zeit gelebte Handhabung und Duldung der Privatnutzung der E-Mail-Postfächer durch die Belegschaft und den Vorstand der Verfügungsbeklagten. Die Verfügungsbeklagte lege sich selbst als Diensteanbieter im Sinne des TKG fest. Ihr Verhalten im vorliegenden Verfahren sei daher widersprüchlich und treuwidrig im Sinne des § 242 BGB. Überdies verkenne das Landgericht, dass das TKG nach herrschender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung für die Verfügungsbeklagte als Diensteanbieter nach § 3 Nr. 10 TKG anwendbar sei und sie deswegen dem Fernmeldegeheimnis unterliege. Bei der Wertung einer fehlenden Geschäftsmäßigkeit bei privater Nutzung der dienstlichen E-Mail-Postfächer berücksichtige das Landgericht nicht, dass in Bezug auf die nicht dienstliche Nutzung des dienstlichen E-Mail-Postfachs der Dienstherr dem Dienstverpflichteten wie ein Dritter gegenüberstehe, da diese Nutzung der Arbeitsmittel gerade nicht zur Erfüllung des Dienstverhältnisses relevant sei, sondern quasi darüber hinaus gewährt werde. Der Schutzzweck des TKG sei auch nicht nur wettbewerbsrechtlich ausgerichtet. Vielmehr sei auch der Schutzcharakter in Bezug auf das Persönlichkeitsrecht des einzelnen Nutzers von Telekommunikationsseinrichtungen zu beachten.
- 10 Soweit das Landgericht der Ansicht sei, die Daten im E-Mail-Postfach seien nicht mehr als Teil des Telekommunikationsvorganges anzusehen, weil E-Mails in die Unternehmensabläufe einzubeziehen seien, setze es sich über die Rechtsansicht des Bundesverfassungsgerichts (Entscheidung vom 16.06.2009 - 2 BvR 902/06) hinweg, welches den Telekommunikationsvorgang auch auf E-Mail-Daten ausweite, die im Mailserver gespeichert seien. E-Mails in einem privat genutzten dienstlichen E-Mail-Postfach befänden sich aber eben gerade noch nicht im Unternehmensablauf, sondern im persönlichen, schützenswerten E-Mail-Postfach.
- 11 Zudem stützt der Verfügungskläger den geltend gemachten Unterlassungsanspruch auch auf §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB i.V.m. §§ 202a, 206 StGB. Ebenso seien neben dem all-

gemeinen Persönlichkeitsrecht auch die datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte des Verfügungsklägers unabhängig vom etwaigen dienstlichen Charakter der E-Mails zu beachten. Seine geltend gemachten Betroffenenrechte aus Art. 17, 21, 15 DSGVO habe die Verfügungsbeklagte jedoch ignoriert. Insbesondere ein Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der DSGVO als Schutzgesetz stünde dem Verfügungskläger nach Art. 79 DSGVO daher zur Seite. Eine datenschutzrechtliche Rechtfertigung für den Eingriff der Verfügungsbeklagten liege nicht vor. Insbesondere scheide eine Rechtfertigung aus § 26 Abs. 1 BDSG für Vorstände aus. Sofern allenfalls Art. 6 Abs. 1 DSGVO in Betracht käme, unterliege die Rechtfertigung stets einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung. In der dabei vorzunehmenden Interessenabwägung überwiege vorliegend die Privatheitserwartung des Verfügungsklägers.

- 12 Der Verfügungskläger beantragt daher, unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils
- 13 1. der Verfügungsbeklagten zu untersagen, ohne Zustimmung des Verfügungsklägers auf das E-Mail-Postfach des Verfügungsklägers „...@....de“ zuzugreifen und die dort enthaltenen Informationen wie unter anderem E-Mails, Anlagen zu E-Mails, E-Mail-Entwürfe, gelöschte E-Mails oder Sendeprotokolle zu verarbeiten, d.h. unter anderem einzusehen, einsehen zu lassen sowie auszuwerten oder auswerten zu lassen, auszudrucken, weiterzuleiten oder in sonstiger Weise zu verwerten;
- 14 2. die Verfügungsbeklagte zu verpflichten, die Datenverarbeitung hinsichtlich der im Rahmen der unerlaubten Einsichtnahme in das E-Mail Postfach des Verfügungsklägers erlangten Daten, vor allem in Bezug auf diejenigen Daten, die von der Prozessbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten im Schreiben vom 15.04.2020 aufgelistet sind, durch entsprechende technische und organisatorische Maßnahmen so zu beschränken, dass Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten, Mitglieder des Aufsichtsrats der Verfügungsbeklagten sowie sonstige Dritte auf die Daten mit Ausnahme des IT-Leiters der Verfügungsbeklagten nicht zugreifen können und diese Sperrung gegenüber dem Verfügungskläger zu bestätigen.
- 15 Die Verfügungsbeklagte beantragt,
- 16 die Berufung zurückzuweisen.
- 17 Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vortrages. Aufgrund der zur Kündigung führenden Pflichtverletzungen sowie des Verhaltens des Verfügungsklägers in Hinblick auf die Herausgabe des USB-Stick nach der Kündigung habe der Verdacht weiterer erheblicher Pflichtverletzungen bestanden. Deshalb sei die Verfügungsbeklagte nach der Richtlinie auch zur Überprüfung des E-Mail-Postfachs des Verfügungsklägers berechtigt gewesen. Bei dieser Überprüfung habe sich herausgestellt, dass der Verfügungskläger eine bestehende Sicherheitslücke im System O. W. A. ausgenutzt habe, um sich trotz zuvor erfolgter Sperrung Zugang zu seinem dienstlichen E-Mail-Account nach Ausspruch der Kündigung vom 07.02.2020 zu verschaffen.
- 18 Der Antrag zu 2 des Verfügungsklägers sei bereits nicht vollstreckungsfähig, da er pauschal lediglich technische und organisatorische Maßnahmen fordere, ohne diese näher zu benennen. Unabhängig davon, dass das Landgericht zutreffend davon ausgehe, dass die Verfügungsbeklagte kein Diensteanbieter im Sinne des TKG sei, sei das Fernmelde-

geheimnis vorliegend nicht tangiert, da der Übertragungsvorgang längst abgeschlossen gewesen sei. Zudem sei das Vorgehen der Verfügungsbeklagten gegen den Verfügungskläger auch wegen eines Missbrauchsverdachts gerechtfertigt gewesen. So sei anerkannt, dass der Arbeitgeber bei Verdacht des Verrats von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen das E-Mail-Postfach eines Arbeitnehmers kontrollieren dürfe.

- 19 Zudem sei die Verfügungsbeklagte auch nach der internen Richtlinie (dort Ziffer 4.1 in Verbindung mit Anlage 1, 4.4, 5.3) berechtigt gewesen. So sei die im wesentlichen identische Vorgängerversion der Richtlinie bereits ab dem 18.12.2019 in Kraft gewesen.
- 20 Ein Verfügungsanspruch ergebe sich auch nicht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Verfügungsklägers oder aus Betroffenenrechten der DSGVO. Die Betroffenenrechte der Art. 15 und 17 DSGVO würden bereits deshalb nicht gelten, da der Verfügungskläger vorliegend weder Löschung noch Auskunftserteilung begehre. Zudem sei mit den Feststellungen des Landgerichts ein Zugriff auf private E-Mails des Verfügungsklägers überhaupt nicht erfolgt und deshalb der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes nicht tangiert. Zudem habe die Verfügungsbeklagte ausdrücklich bestritten, dass der Verfügungskläger seine dienstlichen E-Mail-Adressen privat genutzt habe und diese zudem mit einem privaten E-Mail-Konto verknüpft habe.
- 21 Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes eröffnet sei, so sei die Maßnahme der Verfügungsbeklagten nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO gerechtfertigt.
- 22 Dem Verfügungskläger stünde auch kein Verfügungsgrund für die begehrte einstweilige Verfügung zur Seite.
- 23 Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

II.

- 24 Die Berufung des Verfügungsklägers ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 511 ZPO) und auch im Übrigen in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden; insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 517, 519, 520 Abs. 2, 3 ZPO).
- 25 Das Rechtsmittel ist auch begründet und hat Erfolg in der Sache. Dem Verfügungskläger steht im einstweiligen Verfügungsverfahren ein Anspruch auf Unterlassen des Zugriffs auf die Daten seines auch privat genutzten dienstlichen E-Mail-Postfaches bei der Verfügungsbeklagten zur Seite. Die den Anspruch stützenden Tatsachen folgen aus dem unstreitigen Vortrag der Parteien bzw. der hinreichenden Glaubhaftmachung durch den Verfügungskläger.
- 26 1. Neben dem auf Unterlassung gerichteten Verfügungsantrag zu 1 ist auch der Verfügungsantrag zu 2, mit dem eine Beschränkung der Datenverarbeitung durch die Verfügungsbeklagte geltend gemacht wird, zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt i. S. d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.
- 27 Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift neben der bestimmten Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs auch einen bestimmten Antrag enthalten. Damit wird der Streitgegenstand abgegrenzt und zugleich eine Voraussetzung für die etwa erforderlich werdende Zwangsvollstreckung geschaffen. Daran ge-

messen ist ein Klageantrag grundsätzlich hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des (Verfügungs-)Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den (Verfügungs-)Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt. Welche Anforderungen an die Konkretisierung des Streitgegenstands in einem Klageantrag zu stellen sind, hängt jedoch auch ab von den Besonderheiten des anzuwendenden materiellen Rechts und den Umständen des Einzelfalls. Die Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags sind danach in Abwägung des zu schützenden Interesses des (Verfügungs-)Beklagten, sich gegen die Klage erschöpfend verteidigen zu können, sowie seines Interesses an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungswirkungen mit dem ebenfalls schutzwürdigen Interesse des (Verfügungs-)Klägers an einem wirksamen Rechtsschutz festzulegen (BGH, Urteil vom 28. November 2002 – I ZR 168/00 –, BGHZ 153, 69-82, Rn. 46 m.w.N.; Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 33. Aufl. 2020, § 253 ZPO, Rn. 13).

- 28 Unter Berücksichtigung der vorgenannten Gesichtspunkte ist der Verfügungsantrag zu 2 hinsichtlich seiner Bestimmtheit nicht zu beanstanden. Denn ausgehend von dem eindeutig aufgeführten Rechtsschutzziel der Verhinderung einer Einsichtnahme und Verarbeitung der Daten aus dem streitgegenständlichen E-Mail-Postfach durch die Verfügungsbeklagte oder Dritte sind die von der Verfügungsbeklagten geforderten „technische und organisatorische“ Maßnahmen hinreichend auslegungsfähig. Sie überlassen lediglich die Wahl der geeigneten Mittel der Verfügungsbeklagten selbst zum Erreichen des angegebenen Erfolgs (so auch Greger in Zöller, a.a.O., Rn. 13c zu Störungsbeseitigung gem. § 1004 BGB oder Mängelbeseitigung z.B. gem. § 634 BGB).
- 29 2. Der Verfügungskläger kann seine auf eine Unterlassung des Zugriffs der Verfügungsbeklagten auf Daten seines dienstlichen E-Mail-Postfaches gerichteten Eilanträge auf §§ 44 Abs. 1, 88 TKG stützen. Denn die Verfügungsbeklagte hat mit ihrer Einsichtnahme in das dienstliche E-Mail Postfach des Verfügungsklägers, für welches auch die private Nutzung erlaubt war, sowie mit der Verarbeitung der dortigen Daten - wie mit dem Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 15.04.2020 an den Verfügungskläger aufgeführt - gegen das Fernmeldegeheimnis verstoßen. Sie muss sich dabei als Diensteanbieter iSd §§ 88 Abs. 2, 3 Nr. 6 TKG behandeln lassen.
- 30 Der Senat ist sich dabei bewusst, dass die Frage der Anwendbarkeit des § 88 TKG auf die betriebsinterne private Nutzung von E-Mails stark umstritten ist. Die wohl (noch) herrschende Auffassung in der Fachliteratur und der Datenschutzbehörden (s. DSK, Orientierungshilfe der Datenschutzaufsichtsbehörden zur datenschutzgerechten Nutzung von E-Mail und anderen Internetdiensten am Arbeitsplatz, abrufbar unter <https://www.....de/....pdf>) sieht dessen Anwendungsbereich eröffnet (zum Streitstand u.a.: Braun in: Heckmann/Paschke, jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl., Kap. 7 (Stand: 01.06.2021), Rn. 141ff.; Jenny in: Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, § 88 TKG, Rn. 15f.; Härting in: Härting, Internetrecht, 6. Aufl. 2017, Datenschutzrecht, Rn. 351f., Geppert/Schütz/Bock, 4. Aufl. 2013, TKG § 88 Rn. 24ff., Spindler/Schuster/Eckhardt, 4. Aufl. 2019, TKG § 88 Rn. 26ff.; dagegen MHdB ArbR, § 96 Beschäftigtendatenschutz Rn. 298ff., beck-online).
- 31 a) Gemäß § 88 Abs. 2 TKG ist jeder Diensteanbieter zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet. Diensteanbieter nach § 3 Nr. 6 TKG ist jeder, der ganz oder teilwei-

se geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste für Dritte erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt. Die geschäftsmäßige Erbringung von Telekommunikationsdiensten ist nach § 3 Nr. 10 TKG das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht. Die Einordnung als Diensteanbieter im Verhältnis des Arbeitgebers zu seinen Mitarbeitern bei Gestattung der Nutzung des dienstlichen E-Mail-Postfachs oder Internetzuganges zu privaten Zwecken wird in Literatur und Rechtsprechung streitig diskutiert.

- 32 aa) In der arbeitsgerichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist in den vergangenen Jahren eine Tendenz zu beobachten, wonach die Einstufung des Arbeitgebers als Telekommunikationsdienstleister eher abgelehnt wird. Danach unterliege der Zugriff auf E-Mails eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber auch dann nicht dem Fernmeldegeheimnis gemäß § 88 TKG, wenn die private Nutzung der dienstlichen E-Mails gestattet bzw. geduldet sei, da der Arbeitgeber in dieser Situation keine geschäftsmäßigen Telekommunikationsdienstleistungen erbringe (u.a. LAG Niedersachsen, Urteil vom 31.05.2010 - 12 Sa 875/09, BeckRS 2010, 70504; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.02.2011 - 4 Sa 2132/10, NZA-RR 2011, 342, beck-online; dem entgegen jedoch in diesem Punkt unter Hinweis auf die h.M. Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 21.09.2018 - 10 Sa 601/18 -, Rn. 72, juris).
- 33 Die Fachliteratur hat diese Rechtsprechung teilweise aufgegriffen und Argumente nachgeliefert. Das TKG diene unter anderem der Umsetzung der sog. ePrivacy-Richtlinie RL 2002/58/EG, die die Regulierung öffentlicher Kommunikationsnetze bezwecke. Die Kommunikationsdienste eines Arbeitgebers seien jedoch nicht öffentlich, sondern nur für Beschäftigte während der Arbeitszeit zugänglich. Sie seien daher nicht im gleichen Maße schutzbedürftig wie die Nutzer öffentlicher Kommunikationsnetze. Beschäftigte könnten nicht darauf vertrauen, dass die Inhalte der Kommunikation stets vertraulich blieben, da bekanntermaßen berechnete Interessen des Arbeitgebers dem entgegenstehen würden, wie z.B. Archivierungspflichten nach § 238 Abs. 2 HGB. Die Vertraulichkeit der innerbetrieblichen Kommunikation werde dagegen im hinreichenden Maße durch das Datenschutzrecht sichergestellt. Zudem setze § 3 Nr. 10 TKG voraus, dass der Diensteanbieter Telekommunikationsdienstleistungen geschäftsmäßig erbringe. Gemäß § 3 Nr. 24 TKG werden Telekommunikationsdienste „in der Regel gegen Entgelt“ erbracht. Diese Regel werde jedoch in ihr Gegenteil verkehrt, wenn man den unentgeltlich leistenden Arbeitgeber als Telekommunikationsanbieter ansehe. Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „geschäftsmäßig“ sei der Gesetzeszweck des § 1 TKG zu beachten. Dieser soll den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation fördern. Die Zielsetzung der Arbeitgeber sei aber gerade nicht die Teilnahme am freien Markt. Zudem erfordere die Praxis, dass Arbeitgeber in bestimmten Fällen die Kommunikation innerhalb des Betriebes auswerten. So müssten beispielsweise E-Mails zur Durchführung von Compliance-Maßnahmen ausgewertet werden, um der Aufsichtspflicht des Arbeitgebers nach §§ 30, 130 OWiG nachzukommen. Dies könne ebenso der Fall sein, um Anordnungen von Aufsichts- und Strafbehörden zur Sachverhaltsaufklärung zu erfüllen. Die Einordnung als Telekommunikationsanbieter führe für den Arbeitgeber daher zu unauflösbaren Konflikten mit seinen gesetzlichen Verpflichtungen. Darüber hinaus beeinträchtige das Verbot der Auswertung innerbetrieblicher Kommunikation die wesentlichen Geschäftsinteressen der Unternehmen in unangemessener Weise. Beispiele seien Fälle längerer Abwesenheiten von Beschäftigten, die wichtige Informationen in Form von E-Mails abgespeichert hätten, auf die der Arbeitgeber bzw. Arbeitskollegen keinen Zugriff hätten. Diese Beschränkung der Kontrollmöglichkeiten führe daher auf verfassungsrechtlicher Ebene zu einem unverhält-

nismäßigen Eingriff in berufs- und eigentumsrechtliche Grundrechte des Arbeitgebers (MHdB ArbR, § 96 Beschäftigtendatenschutz Rn. 301, 302, beck-online).

- 34 Auch wird gegen eine Anwendbarkeit des § 88 TKG aufgeführt, dass ein derartiges pauschales Verarbeitungsverbot ohne Abwägung betroffener Interessen höchst untypisch für das Datenschutzrecht sei. Dies zeigten beispielsweise die B.-Entscheidung des EuGH und das sog. Detektivurteil des BAG (MHdB ArbR, § 96 Beschäftigtendatenschutz Rn. 298, beck-online).
- 35 bb) Hingegen wird in der überwiegenden Literatur eine Anwendbarkeit des TKG in vorliegender Konstellation - auch unter Hinweis auf die Auffassung der Datenschutzbehörden - bejaht. Wer als Arbeitgeber seinen Beschäftigten die Nutzung von Telekommunikation für private Zwecke gestattet, biete damit Dritten nachhaltig (d.h. auf Dauer) Telekommunikation an. Ein Arbeitgeber sei dann als Diensteanbieter i.S.v. § 88 TKG bzw. als geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringendes Unternehmen i.S.d. § 206 StGB anzusehen und an das Fernmeldegeheimnis gebunden. Diese Ansicht könne sich auf die Entstehungsgeschichte der Norm stützen. In den Gesetzesmaterialien zu der Vorläufervorschrift (§ 85 TKG-1996) heiße es wörtlich: „Dem Fernmeldegeheimnis unterliegen damit [...] Nebenstellenanlagen in Betrieben und Behörden, soweit sie den Beschäftigten zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt sind.“. Neuere Stimmen in der Literatur, die in diesen Konstellationen die Geltung des Fernmeldegeheimnisses anzweifeln, seien daher nicht mit einer historischen Auslegung des Gesetzes in Einklang zu bringen. Soweit sich diese Stellungnahmen auf eine teleologische Auslegung und den Gesetzeszweck des TKG beriefen, sei dem zu entgegnen, dass erstens das TKG in § 2 weitere Ziel- und Zweckbestimmungen enthalte, zu denen gerade auch die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses gehöre und zweitens der gesamte siebte Teil des Gesetzes sich nicht mit Wettbewerbsaspekten befasse, sondern mit öffentlicher Sicherheit, Datenschutz und dem Fernmeldegeheimnis. Die Anwendung und Auslegung dieser Bestimmungen wirke sich auf die übergeordneten Gesetzesziele der Wettbewerbsförderung und der Gewährleistung flächendeckender angemessener und ausreichender Telekommunikationsdienstleistungen allenfalls indirekt aus. Auf die Erreichung dieser Gesetzesziele dürfte es keinen spürbaren Einfluss haben, ob und inwieweit Arbeitgeber das Fernmeldegeheimnis beachten müssen (J. in: Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, § 88 TKG, Rn. 15).
- 36 Zudem sei für eine Anwendung maßgeblich, dass sonst dem Umstand, dass bei erlaubter bzw. geduldeter privater Nutzung eines E-Mail-Accounts der Anschluss nicht mehr ausschließlich nur für eigene Zwecke des Arbeitgebers bereitgestellt werde, nicht ausreichend Rechnung getragen werde. Denn durch die erlaubte bzw. geduldete Privatnutzung bestehe für den privat nutzenden Mitarbeiter dieselbe Schutzbedürftigkeit wie sie auch gegenüber einem „klassischen“ Telekommunikationsunternehmen bestehe und diesem Schutzbedürfnis werde gerade durch §§ 88 TKG, 206 StGB Rechnung getragen. Insbesondere greife auch nicht das zur Stützung der Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte vorgebrachte Argument, dass ein Telekommunikationsdienst gem. § 3 Nr. 24 „in der Regel gegen Entgelt“ erbracht werde. Denn damit werde verkannt, dass die §§ 88 TKG, 206 StGB, 91 ff. TKG nicht auf die Legaldefinition in § 3 Nr. 24 Bezug nähmen und damit dieses Merkmal für deren Anwendung irrelevant sei. Soweit argumentiert werde, dass der Beschäftigte kein Dritter im Sinne von Datenschutzbestimmungen sei, werde ungerechtfertigt ausgeblendet, dass das Datenschutzrecht sehr wohl auch den Beschäftigten schütze, was der Gesetzgeber jedenfalls in der BDSG-Novelle zum 01.09.2009 und durch § 26 BDSG nF klargestellt habe. Möge auch das TKG kein „Arbeitnehmerschutzgesetz“

sein, müsse der Schutz der Vertraulichkeit gegenüber einem Anbieter der Telekommunikation auch in diesen Konstellationen gewährleistet werden (Spindler/Schuster/Eckhardt, 4. Aufl. 2019, TKG § 88 Rn. 31).

- 37 cc) Der Senat sieht mit der letztgenannten Auffassung derzeit die besseren Argumente für die Einordnung des Arbeitgebers als Diensteanbieter iSd §§ 88 Abs. 2, 3 Nr. 6 TKG bei Gestattung einer privaten Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts. Insbesondere sind die teilweise vorgebrachten Zweckmäßigkeitserwägungen der Gegenauffassung hinsichtlich eines aus dienstlichen Gründen erforderlichen Zugriffsrechts des Arbeitgebers auf ein persönliches E-Mail-Postfach des Mitarbeiters nicht überzeugend. Denn sofern ein Zugriff zu der dienstlichen Kommunikation des Mitarbeiters für den Arbeitgeber erforderlich ist, kann er u.a. durch Veranlassung sog. Funktionspostfächer eine Abgrenzung zu der Privatsphäre des Mitarbeiters schaffen und organisatorische Maßnahmen zur Eingliederung in den betrieblichen Ablauf ergreifen.
- 38 dd) Letztlich bedarf es jedoch vorliegend keiner Entscheidung des Senats in Hinblick auf den vorgenannten Streit. Denn unabhängig von der vorgenannten Auseinandersetzung zur Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 88 TKG liegt im streitgegenständlichen Fall eine Selbstbindung der Verfügungsbeklagten mit Schaffung eines entsprechenden Vertrauenstatbestandes infolge der eigenen Einordnung als Diensteanbieter im Rahmen ihrer Richtlinie zur Nutzung von Internet und E-Mail vor. Hierin führt diese unter 4.1 aus, dass sie durch das Angebot der privaten Nutzung des Internetzuganges und des E-Mail Anschlusses zum Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen werde und somit das Fernmeldegeheimnis zu wahren habe.
- 39 (1) Zwar steht die von der Verfügungsbeklagten selbst vorgetragene konkrete Anwendbarkeit dieser Richtlinie auf den Verfügungskläger zwischen den Parteien im Streit und hat die Verfügungsbeklagte hierzu weder hinreichend vorgetragen noch glaubhaft gemacht. Bei einer nur (einfachen) außervertragliche Genehmigung des Arbeitgebers hinsichtlich einer privaten Nutzung des E-Mail-Postfachs kann dieser aufgrund seines Direktionsrechts die Erlaubnis zwar jederzeit ohne Angabe von Gründen für die Zukunft aufheben. Im Falle einer betrieblichen Übung - wie von Seiten des Verfügungsklägers unbestritten vorgetragen - bestehen dagegen nur eingeschränkte Rücknahmemöglichkeiten (Braun in: Heckmann/Paschke, jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl., Kap. 7 (Stand: 01.06.2021), Rn. 89), welche vorliegend nicht ersichtlich sind. Daher kommt auch eine Fiktion einer Einwilligung des Verfügungsklägers nach Ziff. 4.2 in die in der Richtlinie geregelten Kontrollrechte der Verfügungsbeklagten infolge privater Nutzung des E-Mail Anschlusses nicht in Betracht.
- 40 (2) Der Vortrag der Verfügungsbeklagten im hiesigen Verfahren zur Einordnung als Diensteanbieter im Sinne des TKG steht jedoch im Widerspruch zu der gegenüber ihren Mitarbeitern mitgeteilten eigenen Auffassung. Unabhängig von der Frage der Geltung der Richtlinien zwischen den Parteien hat die Verfügungsbeklagte mit ihrer Richtlinie zum Ausdruck gebracht, sich an die Vorgaben des TKG gebunden und zur Einhaltung des Fernmeldegeheimnisses für die auch zur privaten Nutzung gestatteten dienstlichen E-Mail-Accounts verpflichtet zu sehen. Sie hat damit einen Vertrauenstatbestand für ihre Mitarbeiter geschaffen, wonach auch der Verfügungskläger davon ausgehen konnte, dass ohne seine ausdrückliche Zustimmung die Verfügungsbeklagte keinen Zugriff auf sein dienstliches E-Mail-Postfach nehmen wird. Denn als Konsequenz einer fehlenden Zustimmung des Mitarbeiters zur Geltung der Richtlinie sieht diese lediglich dessen Ausschluss von der privaten E-Mail- bzw. Internetnutzung des dienstlichen Accounts vor. An

der gegenüber allen Mitarbeitern - so auch gegenüber dem Verfügungskläger - dargestellten eigenen Einordnung der Verfügungsbeklagten als Diensteanbieter mit Bindung an das Fernmeldegeheimnis ändert eine fehlende Zustimmung des Mitarbeiters zu der Richtlinie jedoch nichts.

- 41 b) Zutreffend rügt die Berufung auch, das Landgericht habe vorliegend die Reichweite des insoweit geltenden Fernmeldegeheimnisses verkannt, indem es die Daten im E-Mail-Postfach nicht mehr als Teil des Telekommunikationsvorganges ansah, weil die E-Mails in die Unternehmensabläufe einzubeziehen seien.
- 42 Streitig ist, ob das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 I GG dann noch einschlägig ist, wenn der eigentliche Übertragungsvorgang abgeschlossen ist und die E-Mail lediglich auf dem Providerserver „ruht“. (LAG Hessen, Urteil vom 21.09.2018 – 10 Sa 601/18, NZA-RR 2019, 130 Rn. 57ff., beck-online m.w.N.).
- 43 Zunächst zutreffend schützt das Fernmeldegeheimnis die private Fernkommunikation und gewährleistet deren Vertraulichkeit, wenn die Beteiligten wegen der räumlichen Distanz auf eine Übermittlung durch andere angewiesen sind und deshalb in besonderer Weise einem Zugriff Dritter ausgesetzt sein können. Das Fernmeldegeheimnis schützt insoweit in erster Linie die Vertraulichkeit der ausgetauschten Informationen und damit den Kommunikationsinhalt gegen unbefugte Kenntniserlangung durch Dritte (Braun in: Heckmann/Paschke, jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl., Kap. 7 (Stand: 01.06.2021), Rn. 164; BVerfG, Urteil vom 02.03.2006 – 2 BvR 2099/04 –, BVerfGE 115, 166-204).
- 44 Der Auffassung, dass der Schutz des Fernmeldegeheimnisses grundsätzlich in dem Moment ende, in dem die Nachricht bei dem Empfänger angekommen und der Übertragungsvorgang beendet sei, ist das Bundesverfassungsgericht jedoch in einer neueren Entscheidung relativierend entgegen getreten. Danach ist der zugangsgesicherte Kommunikationsinhalt in einem E-Mail-Postfach, auf das der Nutzer nur über eine Internetverbindung zugreifen kann, durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützt. Das Fernmeldegeheimnis knüpft an das Kommunikationsmedium an und will jenen Gefahren für die Vertraulichkeit begegnen, die sich gerade aus der Verwendung dieses Mediums ergeben, das einem staatlichem Zugriff leichter ausgesetzt ist als die direkte Kommunikation unter Anwesenden. Die auf dem Mailserver des Providers vorhandenen E-Mails sind nicht im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers, sondern des Providers gespeichert. Sie befinden sich nicht auf in den Räumen des Nutzers verwahrten oder in seinen Endgeräten installierten Datenträgern (BVerfG, Urteil vom 16.06.2009 – 2 BvR 902/06 –, NJW 2009, 2431, beck-online).
- 45 Das LAG Hessen verneint in seiner Entscheidung vom 21.09.2018 (a.a.O.) deshalb eine Anwendbarkeit des § 88 TKG, sofern der Sendevorgang abgeschlossen ist und die E-Mails auf einem Ordner abgelegt sind, auf den der Arbeitgeber ohne Zugriff auf das Internet zugreifen kann.
- 46 Derartige Feststellungen sind im erstinstanzlichen Urteil jedoch weder getroffen noch ist vorliegend ein solcher Vortrag der Verfügungsbeklagten ersichtlich. Vielmehr ist nach dem Vortrag der Verfügungsbeklagten zum vermeintlichen Ausnutzen von Sicherheitslücken durch den Verfügungskläger im System O. W. A. (u.a. Berufungserwiderung Seite 3, Bl. 480 Bd. III d.A.) davon auszugehen, dass die E-Mails im O.-S. gespeichert und daher

nur über das Internet abzurufen waren. Hierfür spricht auch der Umstand, dass der Verfügungskläger von mobilen Endgeräten auf das E-Mail-Postfach zugreifen konnte.

- 47 c) Entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten kommt es auch nicht darauf an, dass nach ihrem Vortrag lediglich dienstliche E-Mails bzw. deren Zu- und Abgangsdaten im E-Mail-Postfach des Verfügungsklägers kontrolliert wurden. Die fehlende Gestattung der Kontrolle privater E-Mails im dienstlichen E-Mail-Postfach verhindert mittelbar auch die Überwachung dienstlicher E-Mails. Zwar erstreckt sich die Verpflichtung zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses nur auf E-Mails, für die der Arbeitgeber als Diensteanbieter gilt, also nur auf die privaten E-Mails. Wenn sich aber private E-Mails im E-Mail-System nicht klar von dienstlichen E-Mails unterscheiden lassen, müssen auch dienstliche E-Mails wie private behandelt werden. Der Arbeitgeber kann keine Kontrolle der gesamten E-Mails mit der Begründung durchführen, diese richte sich nur auf dienstliche E-Mails. Vielmehr müsste der Arbeitgeber vor jeder Kontrollmaßnahme entscheiden, ob eine dienstliche E-Mail vorliegt. Dies kann allenfalls anhand der Adresse und/oder des Betreffs, oft aber erst durch Prüfung des Inhalts ermittelt werden. Dieses Vorgehen ist indes ohne Einwilligung grundsätzlich unzulässig, so dass bei einer Mischnutzung keine zulässige Differenzierung möglich ist. Bei erlaubter Privatnutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts dürfen also auch dienstliche E-Mails nicht kontrolliert werden, es sei denn, der Arbeitnehmer hat sich hiermit einverstanden erklärt, wobei ein solches Einverständnis auch zur Bedingung für eine Erlaubnis der Privatnutzung gemacht werden kann (Braun in: Heckmann/Paschke, jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl., Kap. 7 (Stand: 01.06.2021), Rn. 150).
- 48 d) Eine Einwilligung des Verfügungsklägers in die Kontrolle seines E-Mail-Postfachs liegt auch nicht vor. Die Verfügungsbeklagte beruft sich hinsichtlich einer Einwilligung des Verfügungsklägers in mögliche Kontrollmaßnahmen auf Ziffer 4.1 RL, welche durch Privatnutzung erfolgt sein soll. Dies würde jedoch zunächst voraussetzen, dass die Anwendung der Richtlinie zwischen den Parteien so vereinbart worden ist. Allein aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers folgt die Anwendbarkeit nicht. Vortrag zu einer konkreten Vereinbarung hat die Verfügungsbeklagte nicht erbracht. Es wird auf obige Ausführungen verwiesen.
- 49 e) Ebenso kann sich die Verfügungsbeklagte nicht auf eine ausnahmsweise Rechtfertigung ihres Verhaltens wegen eines konkreten Missbrauchsverdachtes berufen. Eine solche Kontrollmöglichkeit des Arbeitgebers wird zwar in der überwiegenden Literatur vertreten, wenn der konkrete Verdacht einer Straftat oder des Verrats von Geschäftsgeheimnissen besteht. Allerdings ist dieses Ergebnis nach gegenwärtiger Rechtslage kaum schlüssig begründbar. Es fehlt an einem Erlaubnistatbestand i.S.d. § 88 Abs. 3 TKG. § 100 Abs. 3 TKG greift nicht, denn die Verwendung von „Verkehrsdaten zur Aufklärung der Verletzung geschäftlicher Interessen“ des Arbeitgebers als Diensteanbieter ist gem. § 100 Abs. 3 TKG auf telekommunikationsspezifische Missbräuche beschränkt (Braun in: Heckmann/Paschke, jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl., Kap. 7 (Stand: 01.06.2021), Rn. 158).
- 50 Darüber hinaus ist vorliegend jedoch auch ein konkreter Missbrauchsverdacht im Vorfeld des hier streitgegenständlichen Eingriffs für die Verfügungsbeklagte nicht ersichtlich. Vielmehr hat sich diese erst durch den unzulässigen Zugriff auf den E-Mail-Account selbst mögliche Verdachtsmomente geschaffen. Die Ableitung eines konkreten Missbrauchsverdachtes zuvor wegen der Umstände um die fehlende Herausgabe des USB-Sticks durch den Verfügungskläger trägt hingegen nicht. Denn dieser hatte hierzu unbe-

stritten vorgetragen, dass sich auf dem USB-Stick Daten zu seinen persönlichen finanziellen Verhältnissen befanden, die wiederum seine Privatsphäre betrafen.

- 51 f) Aufgrund des bestehenden Anspruchs des Verfügungsklägers aus §§ 44, 88 TKG bedarf es einer weiteren Auseinandersetzung des Senats mit möglichen Ansprüchen des Verfügungsklägers gem. §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 202a, 206 StGB bzw. DSGVO und BDSG nicht.
- 52 3. Auch der erforderliche Verfügungsgrund ist vorliegend gegeben.
- 53 Bei der Frage, ob der Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile erforderlich ist, sind die schutzwürdigen Interessen beider Seiten im Rahmen des gerichtlichen Beurteilungsspielraums gegeneinander abzuwägen. Es muss eine Dringlichkeit gegeben sein, die bei zu langem Zuwarten des Erlassantrages widerlegt werden kann. In persönlichkeitsrechtlichen Streitigkeiten ist ein Verfügungsgrund für eine auf Unterlassung gerichtet einstweilige Verfügung regelmäßig zu bejahen, wenn keine Selbstwiderlegung der Dringlichkeit, insbesondere durch Zuwarten, gegeben ist. (OLG Dresden, Beschluss vom 06. Januar 2021 – 4 U 1928/20 –, Rn. 7, juris m.w.N.).
- 54 Der Antrag auf einstweilige Verfügung ist durch den Verfügungskläger unmittelbar nach Bekanntwerden der Einsichtnahme in sein E-Mail-Postfach durch Schriftsatz der Verfügungsbeklagten vom 15.04.2020 am 11.05.2020 gestellt worden. Diese Frist ist nach Auffassung des Senats noch ausreichend, zumal der Verfügungskläger bereits mit Schreiben vom 23.04.2020 sein Rechtsschutzziel gegenüber der Verfügungsbeklagten mit Geltendmachung seiner Rechte nach DSGVO deutlich machte. Auf die Frage einer fehlenden Vollstreckung der zunächst erlassenen einstweiligen Verfügung kommt es nicht an.

III.

- 55 Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.
- 56 Die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit richtet sich nach § 713 ZPO.
- 57 Gemäß § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO findet gegen Urteile, durch die über die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung einer einstweiligen Verfügung entschieden worden ist, eine Revision nicht statt.
- 58 Beschluss
- 59 Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 10.000,00 € festgesetzt.